

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Liste ernannt (330). Nur die avoués können den Prozeß einleiten (postuler) und Conclusionen stellen; plädiren können sie gleichfalls in den Sachen, in welchen sie thätig waren, bei Incidentfragen, die summarisch abzuurtheilen sind oder auf das Verfahren sich beziehen; ebenso wenn das Gericht sie dazu wegen Abwesenheit oder Weigerung ermächtigt, oder wenn die nöthige Zahl der Advokaten zur Erledigung der Geschäfte unzureichend ist. Auch die avoués haben eine aus ihrer Mitte gewählte Kammer, deren Geschäfte ausgedehnter sind als die des Advokatenraths, aber in Bezug auf Disciplinarstrafen beschränkter ist, indem, wenn die Anschuldigung schwerer ist, und Suspension bevorsteht, die Kammer nur ihr Gutachten gibt und das Gericht über den Fall entscheidet.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

XI.

Zur Lehre vom Faustpfande.

Von

Herrn A. Stölzel,

Stadtgerichts-Assessor zu Cassel.

Unter Faustpfand versteht man regelmäßig dasjenige Pfand, welches dem Schuldner und Gläubiger zu Besitz überliefert ist; man spricht bei diesem Pfande von einem besonderen Contracte, dem contractus pigneraticius, welcher neben dem dinglichen Pfandrechtsverhältnisse besondere persönliche Verbindlichkeiten zwischen den Contrahenten erzeuge, zu deren Realisirung die actio pigneraticia directa und contraria gegeben sei, und schreibt dem Faustpfandgläubiger im Gegensatz zu jedem anderen Pfandgläubiger durch Interdicte geschützten, s. g. abgeleiteten Besitz zu. So hat sich allmählig eine Lehre von wesentlichen inneren Unterschieden zwischen dem durch Faustpfand und dem durch Hypothek gebildeten Rechtsverhältnisse gebildet, wie sie am ausgedehntesten wohl bei Böhmer (exercit. ad. lib. 20 Dig. tit. 1.) behandelt ist, der nahe an ein

Dutzend Differenzen zwischen Faustpfand und Hypothek aufzählt und sogar so weit geht, den Anfang des Pfandrechts anders bei jenem als bei dieser zu datiren. Wenn nun auch die Bezeichnung „Faustpfand" dem deutschen Rechte angehört und dieselbe als ein Vorzug unserer Sprache gelten kann, so ist nicht nur unzweifelhaft, daß jenes Wort an einen römischrechtlichen Ausdruck sich anlehnt, sondern auch, daß die Principien, welche man mit ihm verbindet, dem römischen Rechte entnommen sein sollen. Wir haben darum die Richtigkeit derselben nur so weit anzuerkennen, als sie quellenmäßig sind. Die Untersuchung, die wir in dieser Beziehung angestellt haben, hat uns zu Resultaten geführt, welche von der gewöhnlichen Lehre erheblich abweichen.

I. Faustpfand. Pignus. Hypotheca.

Seinen Ursprung verdankt das Wort Faustpfand einem Ausspruche des Gajus aus dessen 5. Buch ad legem 12. tabularum, der in die Digesten übergegangen ist (cf. l. 238 d. V. S.) und folgendermaßen lautet:

Pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

Aehnlich sprechen sich die Institutionen (§. 7, IV. 7) aus: Pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quae sine traditione nuda conventione tenetur proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

Eine weiter gehende Begriffsbestimmung als diese beiden gibt Ulpian in l. 9 §. 2, Dig. d. pign. act.:

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit (also nicht bloß quod traditur), hypothecam, cum non transit, nec possessio [1]),

und eine widersprechende in l. 1. pr. Dig. eod:

Pignus contrahitur non sola traditione, ved etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

1) Zur Erklärung der letzten Worte vergl. Sintenis in der Zeitschrift für Civilr. und Pr. VII. S. 424, 425. Puchta, Cursus der Inst. II., 697.

Aus dem Gebrauche der Wörter pignus und hypotheca in den verschiedenen einschlagenden Stellen des corpus juris läßt sich aber darthun, daß keine der eben angeführten Definitionen eine genau zutreffende ist, wie denn überhaupt die römisch-rechtlichen Definitionen häufig Mancherlei zu wünschen übrig lassen, namentlich aber die mit besonderem Wohlgefallen, jedoch meist unglücklich versuchten etymologischen Ableitungen der Pandectenjuristen. Wir erinnern in dieser Beziehung an Ulpian in l. 1. §. 1, d. test. mil.:

Miles appellatur vel a militia, i. e. duritia, quam pro nobis sustinent, aut a multitudine aut a malo, quod arcere milites solent aut a numero mille hominum,

und in l. 31. d. V. S.:

Pratum ... ex eo dictum, quod paratum sit ad fructum capiendum,

oder an Gajus in seinem Commentar (III., 90) und Paulus in l. 2. §. 2 d. reb. cred:

Appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit,

oder an Pomponius in l. 239. §. 1 d. V. S. und an Florentin in l. 4. §. 2 d. statu hom (cf. §. 3 Inst. d. jure pers.):

Servorum appellatio ex eo fluxit, quod imperatores captivos vendere et per hoc servare nec occidere solent.

Einer irrigen Ableitung folgt dann häufig von selbst die irrige Begriffsentwicklung. So mag es bei Gajus rücksichtlich der mitgetheilten l. 238. d. V. S. gegangen sein. Daß pignus nicht von pugnus herstammt, war schon zu Brissonius' Zeiten erkannt (cf. Briss. d. V. S. sub voce pignus); Bachov (de pign. und hyp. cap. 1.) hält den Ausspruch des Gajus für einen Scherz (nec tam pro etymologia, quam pro allusione habendum est). [2]) Nach wohl richtiger Etymologie kommt pignus her von dem Zeitwort pangere [3]) = figere (Festus s.

---

2) S. auch Rudorff l. c. S. 200. Bachofen, das röm. Pfandr. I. S. 632. a. E.

3) Rudorff l. c. S. 189. Dernburg, das Pfandrecht S. 49. Pauly, Realencyclopädie s. v. pignus. Dagegen nennt Forcellini s. eod. v. die Ableitung von pangere eben so weit hergeholt als die von pignus.

v. pangere) oder = pacisci (Heumann, Handlexicon zum c. j.), wie dies Gajus selbst (com. IV., 147, cf. §. 3, Inst. 4, 15) andeutet, wenn er sagt:

(Interdicto Salviano) utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

Pignus würde hiernach dasselbe sein wie pactum, also Befestigungsmittel, Band und somit genau mit dem deutschen Pfand übereinstimmen, welches nach Estor und Sintenis (vergl. des letztern Handb. des Pfandr. S. 29) von dem niederdeutschen panden = obligare herzuleiten ist.

Dem entsprechend wird denn auch von den römischen Juristen in Anwendung der Wörter pignus und hypotheca keineswegs der in l. 238. d. V. S., §. 7 Inst. 4, 7 und l. 9. §. 2 Dig. 13, 7 hervorgehobene Gegensatz festgehalten. So kommt es vor, daß für dasselbe Pfandobject in dem nämlichen Satze pignus und hypotheca gebraucht wird:

Marcian. l. 13. §. 1 d. pignor.

Statuliber quoque dari hypothecae potest, licet conditione existente evanescat pignus, und derselbe in l. 37. d. acq. v. amitt. poss.

Res pignoris nomine data et possessione tradita .... convenit, ut is, qui hypothecam dedisset 2c.

cf. auch l. 16. §§. 7, 8 d. pignor.

Daß pignus von einem Immobiliarpfande zu sagen üblich ist, beweisen u. A. Papinian in l. 1. §. 4 d. pignor. und Marcian in l. 12. §. 8 qui potiores (praedium pignori dare), Paulus in l. 29. §. 2 d. pign. (domus pignori data), Papinian in l. 1. in quibus causis p, (pignus insulae), Marcian in l. 37. d. A. v. A. P. (ager, aedes pignori datae), Callistratus in l. 66. §. 6 d. leg. II. (fundus pignori datus).

Weder pignus, pignori dare, noch pignus, pignori accipere bedeuten ohne Weiteres ein zu Besitz übergebenes Pfand, vielmehr werden diese Ausdrücke in Fällen gebraucht, in denen aus dem Zusammenhange sich ergibt, daß der Gläubiger nicht zugleich Pfandbesitzer ist. Hierher gehört:

Ulp. l. 6. d. pignor: Beim generellen Conventional=

pfande sind die im Gebrauch des Verpfändens befindlichen Sclaven, Kleider und Hausgeräthe nicht als verpfändet anzusehen, weil es gewiß ist pignori daturum non fuisse.

Marcian l. 16. §. 8 eod: Wenn Zweien an demselben Tage getrennt oder zugleich ein pignus datum est, hat dann Jeder die Klage in solidum oder pro parte?

Papin. l. 1. pr. qui potiores: Der Besteller einer dos accepit pignus; dieselbe Sache maritus dedit alii pignori.

Idem l. 3. §. 1 eod: Titio praedium pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium denuo alii pignori dedit.

Afric. l. 9. §. 2 eod: Ein Erbe trifft eine Vereinbarung über Bestellung eines Pfandes für ein bedingtes Legat; postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit; nach Eintritt der Bedingung geht hier vor: cui prius pignus datum esset §. 3. Titia praedium pignori dedit Titio, post Maevio.

Paulus l. 14. eod: si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

Modestin. l. 39. d. P. A. Gajus Sejus . . . fundum pignori Titio dedit, postea pactum inter eos factum est, ut pignus suum creditor . . . certo tempore possideret.

Wie pignus, pignori dare oder accipere, ist umgekehrt auch hypothecam, hypothecae dare oder accipere gebräuchlich; als Beispiele vergleiche man:

Marcian l. 5. §. 2 d. pign.; l. 37. d. A. v. A. P., l. 23. d. probat; und l. 1. pr. quae res pign.; Gajus l. 2. eod: l. 11. §. 1 qui potiores; l. 1 Cod. comm. de leg. (dare hypothecam); Paul. l. 13. §. 1; l. 15.; l. 16. pr. d. pign. (dare hypothecae); Papin. l. 1. pr. und Gaj. l. 11. pr. und §. 1 qui potiores (accipere hypothecam,

und zwar ist eine hypotheca accepta oder data sowohl eine vom Gläubiger besessene, wie eine nicht besessene:

Marcian l. 12. pr. qui potiores: hypothecam accepit, sive possideat eam . . . sive alio possidente vindicet;

Marcian l. 37. d. A. v. A. P.: Res pignoris nomine data

et possessione tradita .... convenit ut is qui hypothecam dedisset etc.

Die Basiliken brauchen zu den eben erwähnten Stellen, wo von pignus dare die Rede ist, schlechtweg den Ausdruck ὑποτιθέναι [4]), verpfänden, und deuten damit gleichfalls an, daß ein pignus datum nicht ohne Weiteres ein zu Besitz überliefertes Pfand sei.

Während nach diesen Quellenzeugnissen anzunehmen sein würde, daß inter pignus et hypothecam tantum sonus differt (Marcian l. 5. §. 1 d. pignor), und zwar nicht blos, wie die Institutionen (§. 7, IV., 6) die Worte Marcian's erläutern, quantum ad actionem hypothecariam pertinet, so scheinen doch hauptsächlich folgende Pandectenfragmente auf einen gewissen materiellen Unterschied beider Pfandbezeichnungen hinzudeuten:

Marcian l. 11. §. 3 d. pignor. Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint,

und:

Idem l. 7. §. 1 d. distr. pign.: Quod Julianus scribit in pignore idem et circa hypothecam est.

Auf Grund der letzteren Stelle könnte man vermuthen, Julian (derjenige Sabinianer, mit welchem Pomponius in l. 2. §. 47 d. orig. jur. die Reihe der Sabinianer schließt) [5]), habe den Ausdruck hypotheca nicht gebraucht; hiergegen spricht die l. 33. §. 4 d. usurp. und usuc. — übrigens die einzige aus den zahlreichen julianischen Stellen [6]), in welcher das Wort hypotheca vorkommt. Bei früheren Juristen haben wir die hypotheca nicht erwähnt gefunden, von den späteren aber, vorzugsweise bei Gajus und Marcian. Aus des erstern liber singularis ad formulam hypothecariam sind sechs, aus

---

4) Basil. ed. Heimb. tom. III. lib. 25. tit. 2 und 5 zu obigen Stellen.

5) Julian war unter Hadrian und Antoninus Pius thätig, also c. 120 bis 160 n. Chr. — vergl. l. 18. D. quod metus c., Zimmern, röm. R.-Gesch. I., §. 91.

6) Eine Aufzählung derselben, s. bei Hommel, palingenesia. Lips. 1767. I., p. 221, sq.

dem des letztern neunzehn Fragmente in die Pandecten übergegangen [7]) (cf. l. 4.; l. 15. d. pign.; l. 2. quae res pign.; l. 11. qui pot.; l. 7. quibus modis p.; l. 4. d. fide instr. — l. 17., l. 19., l. 33. d. pign. act.; l. 5., l. 13., l. 16. d. pign.; l. 2., l. 5. in quibus causis; l. 1. quae res pign.; l. 12. qui pot.; l. 5., l. 7. d. distr. pign.; l. 5., l. 8. quibus modis; l. 23. d. probat, l. 37. d. A. v. A. P.; l. 49. d. solut). Außerdem haben wir das Wort hypotheca gefunden bei Scävola (l. 34. d. pign.; l. 38. pr. de leg. III.; l. 81. d. contr. emt.), bei Papinian (l. 1. §. 3 d. pign.; l. 97. de solut; l. 32. d. neg. gest.; l. 4. pr. d. naut. foen.), bei Paulus (l. 18. d. novat.), bei Ulpian (l. 9. §. 2 d. pign. act.; l. 33. §. 1 d. usur.; l. 1. §. 3 d. separ.; l. 43. d. solut) und bei Modestin (l. 26. d. pign.). Diese sämmtlichen Juristen lebten nach Julian [8]). Man hat nun zwar aus einer Stelle in Cicero's Briefen [9]), worin derselbe bezüglich eines in der griechischen Provinz Carien vorgekommenen Falles der Hypothek erwähnt, den Schluß gezogen, schon zu damaliger Zeit sei das griechische Wort nach Rom verpflanzt worden, aber gerade, weil jener Fall eine griechische Provinz betrifft, scheint er uns unbeweisend [10]). Wir halten uns vielmehr nach Obigem zu der Hypothese berechtigt, daß der griechische Ausdruck nicht von Julian eingebürgert ist. Mit besonderer Vorliebe braucht ihn offenbar Marcian, der ihn, wie die oben citirten Fragmente ergeben, häufig durch die Partikel vel oder ve, welche grammaticalisch etwas Gleichbedeutendes anzeigt, mit pignus verbindet. Die nämliche Verbindung zeigen auch die meisten Ueberschriften der einschlagenden Pandecten= und Codextitel, obwohl hier auch die Copula et vorkommt [11]) (de pignor. et hypoth.; de distr. pign.

---

7) Hommel, l. c. I., p. 102, 429 ff.

8) Zimmern, l. c., §§. 98 ff.

9) ad divers. XIII. ep. 56. cf. Glück, Comm. 18 S. 311. Sintenis, Pfandr. S. 550.

10) Cicero schreibt jenes Wort in der cit. Stelle mit griechischen Lettern.

11) cf. auch l. 18. d. novat.

et hyp.). Fragen wir nach einem Grunde, weßhalb das griechische Wort herübergenommen sei, so möchten wir vermuthen, es hänge das mit der Erweiterung der Servianischen Klage — welche zeitlich im Dunkeln liegt [12]) — der Art zusammen, daß man für die ausgedehnte Klage den Namen act. hypothecaria erfand und zugleich das Stammwort hypotheca mitverpflanzte. Dabei mag man es dann für zweckmäßig erkannt haben, dem neuen Worte einen neuen Begriff zu substituiren; bald sollte hypotheca, (das übrigens im attischen Rechte ebenso wie ἐνέχυρον das Vertragspfand und zugleich das Besitzespfand bedeutet) [13]), das nicht zu Besitz übergebene, bald das Immobiliarpfand, ausschließlich heißen; aber weder die eine noch die andere Gebrauchsweise wurde, wie wir gesehen haben, mit Consequenz festgehalten.

Was insbesondere den Ausdruck dare pignus betrifft, so finden wir bei den Römern das Wort dare theils in der allgemeinen Bedeutung: Hingeben zu beliebigem Zwecke, theils in der engeren juristischen: Hingeben zu strengem Eigenthum oder quiritischen Rechte [14]). Marezoll (l. c. S. 227, 238) will dare in Verbindung mit pignus in jener erstern weiteren Bedeutung verstehen; daß dieß aber nicht richtig sein kann, beweisen die Stellen, in welchen nach Obigem der Ausdruck pignus dare von einem nicht zu Besitz übergebenem Pfande gebraucht wird [15]). Es bleibt also nur übrig aus der anderweiten Be=

---

12) Die quasiserv. Klage stammt aus dem Edicte §§. 7. 31. J. IV, 6; l. 17. §. 2 d pact.; l. 3. Cod. d. luit. pign. Das Edict reicht bis zu Julian Zimmern; l. c. S. 131. D. const. omnem reip. scheint in §. 4 anzudeuten, daß die hypothecaria ziemlich neuen Ursprungs; denn Justinian spricht an dieser Stelle von ihr als einer Nachbildung (aemula) der actiones pigneraticiae.

13) Dernburg l. c. S. 70.

14) Unterholzner, Schuldverhältnisse, I. S. 200 ff. Marezoll, in der Zeitschr. für Civilr. u. Pr., X. S. 225 ff. Savigny, System, V. S. 589. Puchta, Cursus der Inst., II. S. 100 ff. cf. §. 14 J. 4, 6: ut ejus fiat. Hasse, Rhein. Museum, II. S. 66.

15) In l. 1. Cod. de comm. leg. ist sogar dare vom testamentarischen Pfande gebraucht.

deutung des dare (Hingeben zu Eigenthum) eine Erklärung für pignus dare herzunehmen, und diese dürfte nicht fern liegen, wenn man erwägt, daß in ältester Zeit die Verpfändung durch mancipatio resp. injurecessio, also durch Hingabe zu Eigenthum geschah und datio pignoris hieß [16]. Diesen technischen Ausdruck hat offenbar die spätere Zeit beibehalten und auf die Pfandbestellung übertragen, bei welcher nicht von eigentlicher datio, sondern nur von einer conventio oder pactio die Rede war. Selbst die Verbindung „datio pignoris" (nicht blos dare pignus) kennen die Pandecten noch (vergl. l. 16. §. 9 d. pignor.; l. 8. pr. ad Sct. Vellej.); eine ähnliche Verbindung ist die datio in solutum, die datio dotis, oder die datio mutui. Das Substantivum datio kommt überhaupt wohl schwerlich in dem weiteren Marezoll'schen Sinne vor. Soll beim pignus aus diesem oder jenem Grunde einmal der Besitz des Gläubigers hervorgehoben werden, so geschieht dies durch den besondern Zusatz possessione tradita, post possessionem traditam, corporaliter datum, traditum (l. 36., l. 37 d. P. A. und l. 37. d. A. v. A. P.; l. 1. §. 15 eod; l. 40 §. 2 d. P. A. oder depositum, commendatum [17]).

So haben dann auch die namhaftesten Schriftsteller, namentlich in älterer Zeit, bereits vielfach anerkannt, daß pignus und hypotheca nicht blos bezüglich den actio hypothecaria, sondern in allgemeinerem Sinne nur dem Klange nach verschieden sind; dahingehören: Laur. Valla [18]), Cujaz [19]), Duaren [20]),

16) Sintenis, Pfandrecht S. 199. Rudorff, l. c. S. 182.

17) S. Rudorff, l. c. S. 201 und Bachofen, l. c. S. 632 nebst den dort citirten Belegstellen.

18) Basil, 14 65. Elegant, pag. 231: non esse hanc (Gaji) differentiam ex eo argumentum est quod alterum latinum, alternm graecum suae utrumque deserviens linguae.

19) ad tit. Cod., VIII., 13: Quamvis autem pignus et hypotheca nihil inter se distent praeter syllabarum sonus, quo etiam lingua latina discernitur a Graeca, tamen docendi causa ita placuit Juristis distingui et separarunt haec nomina eadem licentia, qua . . . theologi Pente-costen a quinquagesima.

20) ad tit. d. pign. act. cap. 1.

Bachov [21]) und unter den Neuern Gesterding [22]), vor Allen aber Bachofen [23]).

Es muß hiernach angenommen werden, daß pignus oder pignus datum an sich keineswegs ein Besitzespfand bedeuten, und daß, wenn jenes Wort vorzugsweise in diesem Sinne von den späteren römischen Juristen zu brauchen versucht ist, dann doch wenigstens von ihnen ein durch Uebertragung Seitens des Schuldners oder ein auf sonstige Weise in den Besitz des Gläubigers gekommenes Pfand begrifflich nicht unterschieden wurde, daß also dem deutschen „Faustpfand" in der oben angegebenen Bedeutung, zumal darunter dem Wortlaute nach nur ein in Besitz des Gläubigers befindliches, ein handhabendes, mithin keineswegs ein blos übergebenes Pfand zu verstehen ist, eine quellenmäßige Grundlage fehlt.

II. S. g. contractus pigneraticius. Actiones pigneraticiae.

Nachdem wir so gezeigt zu haben glauben, daß der Name des Faustpfands in der gewöhnlichen Bedeutung irrthümlich dem römischen Rechte entlehnt ist, wollen wir prüfen, inwiefern die Rechtsgrundsätze, welche man an diesen Namen anknüpft, insbesondere inwiefern die Theorie des s. g. contractus pigneraticius ein römisch-rechtliches Fundament hat.

Die Quellen sprechen nur von pignus; einen contractus pigneraticius daneben kennen sie nicht, wohl aber die Rechts-

---

21) tract. d. pignor. p. 2.

22) Lehre vom Pfandr., 2. Aufl. §. 1. Die Unterscheidung (in Hypothek und Pfandrecht im engeren Sinne) kann zwar in den Schriften der Rechtsgelehrten oder als Terminologie beibehalten werden, zumal sie den Gesetzen selbst nicht fremd ist, für eine logisch richtige Eintheilung des Pfandrechts als Gattung in seine Arten kann sie aber nicht gelten; denn der Umstand, daß mit dem Pfandrecht Besitz der Sache verbunden ist, ist keine Qualität des Rechts selbst, und das dingliche Recht bleibt ganz dasselbe; . . . es fehlt daher zwischen diesen vermeintlichen Arten des Pfandrechts an einer differentia specifica.

23) l. c. S. 631. Die Hypothek ist keine von dem pignus gänzlich verschiedene Verpfändungsform; dem Pfandrecht ist in ihr kein neues Institut, nur ein neues Wort zugewachsen.

mittel, welche diesem Contracte zugeschrieben werden, die actio pigneraticia directa und contraria. Ueber den Zweck und Inhalt dieser Klagen stellen wir folgende Fragmente zusammen:

1) l. 33. d. P. A.: Si pecuniam debitor solverit potest pigneraticia actisne uti ad recuperandum.

l. 40. §. 2 eod. Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet.

l. 9. §. 3 eod: Omnis pecunia exsoluta esse debet . . . ut nascatur pigneraticia actio, §. 4. Is quoque qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri. cf. l. 11. §. 3, l. 20. §. 2 eod.

l. 22. §. 2 eod: Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet . . . proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

l. 11. §. 5 eod: Si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri . . . in eum duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi.

l. 4. Cod. d. P. A.: Pactum vulgare quod proposuistis; ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem

2) l. 42. d. P. A.: Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat jure cogitur.

l. 24. §. 2 eod: Si vendiderit creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emtore exegerit, an pigneraticio judicio conveniri possit ad superfluum reddendum? . . . Si accepit jam pecuniam, superfluum reddit. cf. l. ult. Cod. de distr. pign.

l. 21. §. 3 d. pign.: Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda . . . quod

amplius debito consecutus creditor fuit, restituere debet debitori pigneraticia actione.

3) l. 7. d. P. A.: Si tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

l. 24. §. 3 eod: In pigneraticio judicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor.

l. 14. eod: Ea quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

l. 34. d. damno inf.: (Si pro praeterita pensione satisfacere paratus non fuit), justa retentio pignoris domino fieri videretur; Sed etsi quasi pignora retinuerit et ea interierint ruina vicinarum aedium, potest dici etiam pigneraticia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

l. 3. Cod. d. P. A.: Creditor qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneraticia actione obligatur.

l. 7. eod: Creditor qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit damnum in decidendis arboribns domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis.

4) a. l. 8. pr. d. P. A.: Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum quem pignoris causa acceperim . . . contrariam pigneraticiam habebo. cf. l. 25. pr. eod.; l. 7. c. f. Cod. eod.

b. l. 9. pr. eod: Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit dicendum est, locum habere contrarium judicium.

l. 32. eod: Cum debitore, pui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneraticia agere, etsi solvendo debitor sit.

l. 16. §. 1: Contrariam pigneraticiam creditori competere certum est. Proinde si rem alienam vel alii pignoratum .... tenebitur.

l. 54. d. fidej: Si in contrahendo pignore deceptus sit creditor .. agit contraria pigneraticia actione, in quam actionem veniet, quod interest creditoris.

c. l. 31. d. P. A.: Si servus pignori datus creditori furtum faciat ... quodsi sciens furem pignori mihi dedit ... habiturum me pigneraticiam actio nem, ut indemnem me praestet.

d. l. 1. §. 2 eod: Si quis, quam aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dedit .... tenebitur pigneraticia contraria actione. .. cf. l. 36. pr. eod.

e. l. 36. §. 1 eod: Si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit eodem (stellionatus) crimine plectetur. Plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam.

Hiernach geht die Pfandhauptklage auf Restitution des Pfandes (s. oben Ziffer 1), auf Herausgabe der Hyperocha (Ziffer 2), auf Ersatz wegen nicht prästirter diligentia quam in suis (Ziffer 3), die Pfandgegenklage aber auf Ersatz nothwendiger Verwendungen (Ziffer 4 a.), des Interesses [24]) bei Verpfändung fremder (Ziffer 4 b.) oder ohne Wissen des Schuldners Andern bereits verpfändeter Sachen (Ziffer 4 e.), des durch die Pfandsache bei concurrirender Schuld des Verpfänders gestifteten Schadens (Ziffer 4 c.), sowie des Interesses, wenn die Pfandsache schlechter an Qualität ist, als zugesichert war (Ziffer 4 d.).

Die meisten dieser Verpflichtungen (nicht nur so weit sie dem Pfandgläubiger, sondern auch so weit sie dem Pfandschuld-

---

24) Nicht auf Bestellung eines anderen Pfandes, wie z. B. Erxleben l. c. §. 303, 304 und Thibaut l. c. §. 794 annehmen. Hiergegen Sintenis, Pf.-R. S. 251. cf. auch l. 54. d. fidejuss.

ner obliegen), setzen allerdings Besitz des Pfandgläubigers, wohl auch Constituirung des Pfandrechts durch Vertrag voraus — und dies ist insofern natürlich, als das regelmäßigste Pfand wohl das vom Schuldner übertragene Besitzespfand in römischer Zeit war —, aber es lassen sich doch bei genauerer Betrachtung aus obigen Stellen unter Berücksichtigung der allgemeinen pfandrechtlichen Principien eine nicht unbedeutende Anzahl von Fällen hervorheben, in welchen die römischen Juristen die Pfandcontractsklagen gegeben haben oder wenigstens gegeben haben würden, ohne daß ein Conventionalpfand und auch ohne daß Besitz beim Pfandgläubiger vorlag. Läßt sich diese Behauptung erweisen, dann folgt daraus u. E. von selbst, daß die Theorie, wonach die Pfandcontractsklagen Ausfluß des unter Uebergabe des Pfandes zwischen dem Pfandschuldner und Pfandgläubiger geschlossenen Vertrags seien, einer Modification bedarf.

Nach l. 34. d. damno inf. hat der Miether die Pfandhauptklage gegen den Vermiether, wenn die pfandweise zurückbehaltenen Illaten durch den Einsturz des Nachbarhauses zu Grunde gegangen sind, während der Vermiether sie an einen sicheren Ort hätte bringen können. Hier wird also bei einem gesetzlichen Pfande die Klage gegeben. Damit übereinstimmt der Ausspruch in l. 11. §. 5 d. P. A., demzufolge der Aftermiether als Schuldner gegen seinen Vermiether die Pfandklage nach gezahltem Miethgelde hat; zu welchem Zwecke, ist nicht besonders ausgedrückt; es läßt sich daher annehmen, daß die Klage zu allen mit derselben realisirbaren Zwecken dem Miether zustehen soll, will man aber aus dem weiteren Verlauf der Stelle (frivola mea tenerentur) schließen, der Jurist habe die Restitution der Illaten im Auge gehabt, so würde weiter zu unterstellen sein, daß der Vermiether von seinem Innebehaltungsrecht bezüglich jener Illaten Gebrauch machte, nicht aber etwa der Miether habe dieselben als Faustpfand hingegeben, und so beweist eben wohl die lex cit., daß die Pfandhauptklage auch bei gesetzlichen Pfandrechten statt hat.

Ferner wird ohne jede Beschränkung die Klage dem

Schuldner auf Herausgabe der hyperocha [25]) eingeräumt. Eine hyperocha kann aber vorkommen bei allen Gattungen des Pfandrechts, beim gesetzlichen, testamentarischen, ja beim richterlichen so gut, wie beim vertragsmäßigen; und eine hyperocha kann der Gläubiger erlangen, ohne je im Besitz des Pfandes gewesen zu sein, indem er das Pfand verkauft unter Cession seines Rechtes auf Besitz:

l. 13. d. distr. pign.: creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et si pignus possidat, tradere utique possessionem. cf. auch l. 12. d. divers. tempor. praesc. und l. 22 §. 3 d. P. A. [26]).

Soll in diesen sämmtlichen Fällen die Hyperocha etwa mit der act. pign. nicht können eingefordert werden, weil kein conventionelles Besitzespfand vorliegt?

Nach l. 21. §. 3 d. pign. (oben Ziffer 2) soll der Gläubiger auch dasjenige superfluum herausgeben, welches er dadurch erlangt, daß er im Prozesse gegen den Besitzer der Pfandsache die litis aestimatio statt des Pfandes selbst erhält. In dieser Stelle heißt es zwar: si res pignerata non restituatur, aber letzteres Wort bedeutet keineswegs immer, zurückgeben, was man bereits besessen hat, (cf. l. 22. d. V. S. Brissonius sub h. v.; auch l. 13. §. 5 d. pignor: hypothecam restitui, ohne daß der Restituent bis dahin besessen hat), und wenn man hier auch annehmen wollte, es weise darauf hin, daß der Kläger früher Besitzer gewesen sei, so wüßten wir doch nicht den mindesten inneren Grund, weßhalb die l. c. nur von einem Faustpfand zu verstehen sei.

Ebenfalls ganz allgemein ohne irgendwelchen Unterschied zwischen einzelnen Arten des Pfandrechts hervorzuheben, sprechen sich die Quellen über die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Prästation von dolus und culpa (s. oben Ziffer 3) und über die actio pign. contraria (Ziffer 4) aus:

---

25) S. oben die Stellen unter Ziffer 2.

26) cf. Gesterding, Pfandr. 2. Ausg. S. 168 und die dort Angeführten. cf. Fritz, Erläut. I. S. 471. Sintenis, Pfandr. S. 518. Westphal l. c. §. 183.

der Gläubiger soll die hyperocha verzinsen, wenn er in der Herausgabe säumig ist, er soll einstehen wie ein diligens paterfamilias, der Schuldner soll die Impensen und bei Verpfändung fremder oder anderweit schon obligirter Sachen das Interesse ersetzen; für alle diese Verbindlichkeiten ist eine Besitzesübertragung, wenn auch regelmäßig, doch nicht nothwendig zu unterstellen, namentlich wird eine solche bei Verpfändung fremder Sachen seltener vorgekommen sein, als das umgekehrte Verhältniß. Auch scheint in l. 36. §. 1 d. P. A. (oben 4 e.) die pigneraticia für den Fall einer Verpfändung ohne Besitz gegeben zu sein. Dies wird endlich dargethan, sofern man in der Sprache des Codex unter hypotheca technisch das nicht besessene Pfand versteht, durch l. 4. und l. 7. Cod. d. P. A. (s. oben Ziffer 3 und 4), welche beide Stellen bezüglich einer als pignus oder hypotheca gegebenen Immobilie von der actio pigneraticia reden.

Wenn sonach die Quellen weder für das, was man regelmäßig Faustpfand nennt, noch für den contractus pignoraticius einen von dem generellen Worte pignus verschiedenen technischen Ausdruck kennen, und wenn sie weiter statt irgendwo die Uebertragung des Pfandes als Voraussetzung jenes Contracts zu erwähnen, nicht nur an die Spitze des Pandectentitels de pigneraticia actione den Satz aufführen:

> Pignus (also der die Pfandklage gewährende Contract) non sola traditione sed etiam nuda conventione contrahitur, etsi non traditum est,

sondern auch diese Klage in Fällen statuiren, in denen ein Besitzespfand oder überhaupt ein Conventionalpfand nicht vorliegt, dann könnten uns doch nur die triftigsten inneren Gründe bestimmen, neben dem dinglichen, bei jedem Pfande bestehenden Verhältnisse für das Faustpfand und nur für dieses einen besondere persönliche Verbindlichkeiten erzeugenden Contract anzunehmen.

Bei der Prüfung, ob solche Gründe existiren, müssen wir uns vor Allem von dem jetzigen Standpunkte unseres gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauchs, namentlich von dem üblichen öffent-

lichen Verkaufsverfahren lossagen und in die altrömische Zeit zurückversetzen [27]).

Mag auch die neuere Theorie über die Natur des Pfandrechts in noch nicht geschlichtenem Streite liegen, so ist doch als materieller Inhalt desselben anerkannt, daß es bezweckt, dem Gläubiger eine Realbürgschaft zur Sicherung seiner Forderung zu liefern. Daneben steht rechtshistorisch fest, daß das Recht des Pfandverkaufs ursprünglich besonders stipulirt werden mußte, also nicht zum eigentlichen Wesen des pignus gehört (s. unten Note 32). Die natürlichsten und wohl auch einzigen Factoren, welche das römische Recht zu Bewirkung einer solchen Realbürgschaft kennt, sind Eigenthum und Besitz: Beide, dem Schuldner entzogen, verstärken in ihm die Zwangsverbindlichkeit zur Zahlung und sichern somit den Gläubiger. Das älteste Civilrecht kannte als derartiges Zwangs- und Sicherungsmittel ausschließlich den Eigenthumsübergang. Mit diesem war das dingliche Verhältniß des Gläubigers zum Pfandobject zu vollem Abschlusse gekommen, es hatte eine rechtliche Trennung des Pfandobjects aus dem Vermögen des Verpfänders stattgefunden; eine obligatorische Beziehung, also ein noch nicht abgeschlossenes, sondern noch in Spannung befindliches Rechtsverhältniß bestand nur zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger rücksichtlich der Restitution des Pfandes und dessen Behandlung vor der Verfallzeit. Dieses reinpersönliche aus dem pactum fiduciae sich entwickelnde Band war geschützt durch die actio fiduciae (directa und contraria) [28]). Ganz analog erscheint das Verhältniß bei dem Pfande des naturalen Rechts, dessen Medium der Besitzübergang war, bei welchem also nur eine factische Trennung aus dem Vermögen des Verpfänders statt hatte. Auch hier entstand lediglich eine persönliche

27) S. über die verschiedenen Ansichten die Note bei Dernburg l. c. S. 105. Eine interessante Auffassung der rei „obligatio" s. in der Recension des Dernburg'schen Werkes von Scheurl (Krit. Vierteljahrsschrift, II., S. 434 ff.).

28) Die letztere erwähnt Paul. rec. sent. II. 13. §. 7.

Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner auf Restitution bezw. Ersatz der Verwendungen rc. (actio pigneraticia directa und contraria), aber ein dinglicher Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner oder gegen Dritte war nicht gegeben; wie beim civilen Pfand das Eigenthum, so hatte hier der Besitz eine ganz selbstständige, vom Pfandnexus losgelöste Existenz: dort verfolgte der Gläubiger wie jeder Eigenthümer sein Eigenthum, hier wie jeder Besitzer seinen Besitz. Die eigentliche Aeußerung des Pfandrechts war hiernach beim Eigenthums- wie beim Besitzespfand das, was wir jetzt als Ausfluß des contr. pigneraticius betrachten, die directe und conträre Pfandklage: pignus (= pactum) war der Pfandcontract[29]).

Das naturale Recht kannte aber, und zwar wie Rudorff (a. a. O.) nachgewiesen hat, schon zu Anfang der Republik, eine Verpfändung ohne (alsbald effectuirte, aber mit eventuell zugesicherter) Besitzübertragung, was wir heutzutage Hypothek nennen, während dieser Name jedenfalls später eingebürgert ist als das Institut aufkam. Hierfür bildete sich dann in völlig zweckentsprechender Weise neben der persönlichen Obligation, welche durch das Entstehen jeden Pfandrechts zwischen Gläubiger und Schuldner hervorgerufen wurde, eine Beziehung des Gläubigers zu der in seiner factischen oder rechtlichen Herrschaft noch nicht befindlichen Sache, d. h. ein dinglicher gegen den Schuldner und jeden Dritten auf Verwirklichung dieser Herrschaft gerichteten Anspruch, welcher mit der Servianischen, Quasiservianischen oder Hypothecarischen Klage realisirt wurde.

So zeigt sich, daß beim Pfandrecht mehr die persönliche Obligation als das Principale, die dingliche aber als das Accessorische, Anormale anzusehen ist, und findet es eine sehr natürliche Erklärung, daß der Römer nur ein pignus und keinen contr. pigneraticius außerdem kennt.

Neben der Geschichte der materiellen Entstehung des

29) contractus pignoris kommt in l. 39. d. P. A.; aber nicht im heutigen Sinne des contr. pigneraticius, sondern einfach für pignus vor.

Pfandrechts haben wir aber eine Geschichte seiner formellen Entstehung zu unterscheiden. Das ursprünglichste, weil natürlichste und einfachste Pfand war zweifellos das conventionelle; an dieses reihte sich das gesetzliche, testamentarische, prätorische und richterliche. Alle diese späteren Arten beruhen auf der Fiction einer Convention. Auf's Bestimmteste wird dies für die gesetzlichen Pfandrechte hervorgehoben:

Paul. l. 2. l. 4. d. pact. . . . etiam tacite consensu convenire potest. . . Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet . . . invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.

Ulp. l. 6. in quibus caus: perinde teneantur invecta illata, ac si specialiter convenisset. cf. auch l. 3. l. 4. eod.

Tit. Dig. 20, 2, et Cod. 8, 15: in quibus causis p. vel h. tacite contrahitur (i. e. silentio vel justa praesumtione Cujac ad. Dig. 20, 2) [30].

Beim testamentarischen Pfande kann ein Obligationsverhältniß als durch die Erbschaftsantretung herbeigeführt construirt werden oder mit Sintenis (Pfandr. S. 262 ff.) dadurch, daß man die Testamentsbestimmung „als Anfang eines schriftlich eingegangenen, durch Annahme des Gläubigers perfect werdenden Vertrags" auffaßt. Vom Executionspfande heißt es in l. 2. Cod. si in causa jud. ausdrücklich:

in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis,

wozu schon Bartolus in seinem Commentar bemerkt: quod facit judex videntur facere partes. Und von dem durch missio in possessionem begründeten s. g. prätorischen Pfandrecht wird in l. 3. §. 1 d. reb. eorum qui sub tut. und l. 35. d.

30) Vergl. auch u. A. Donell, d. pig. cap. 4. Glück, Comm. Bd. 18, S. 395. Hepp, Archiv für civil. Pr. X., S. 362. Sintenis, Pfandr., S. 11, 193. Heimbach in Weiske's, Rechtslexicon, S. 3. Dernburg l. c., S. 292.

reb. aut. jud. poss. ohne alle weitere Umschreibung der Ausdruck pignus contrahere gebraucht.

Die nothwendige Consequenz einer solchen Fiction des Parteiwillens bei Entstehung des nichtconventionellen pignus scheint uns nun zu sein, daß auch jedes nichtconventionelle Pfand dieselben Wirkungen äußere als das conventionelle, namentlich also diejenigen persönlichen Verbindlichkeiten erzeuge, welche wir oben als die principalen beim Pfandrecht überhaupt kennen gelernt haben. Denn es dürfte kein weiter Schritt dazu gehören, zu unterstellen, daß Derjenige, welcher die Rechte aus einem testamentarischen, gesetzlichen oder judiciellen Pfande für sich geltend macht, auch, soweit möglich, die Verbindlichkeiten Desjenigen übernimmt, welcher ein conventionelles Pfand zu Besitz erhalten hat, sowie umgekehrt, daß Derjenige, welcher dulden muß, daß ohne seinen Willen an seinen Vermögensobjecten ein Pfandrecht geltend gemacht wird, als hätte er es selbst bestellt, auch dieselben persönlichen Rechte erwirbt, als hätte er seinem Gläubiger das Pfand übergeben. Wenn aus dem fingirten Contract die obligatio rei entspringt, so wüßten wir nicht, warum nicht ebenso gut aus demselben die obligatio personarum entspringen könnte.

Dem Pfandverkaufe hat der Besitz des Pfandes auf Seiten des Gläubigers vorherzugehen (von dem oben berührten Falle, daß auch der nichtbesitzende Gläubiger verkaufen kann, ist hier als einem Ausnahmsfalle abzusehen). Im römischen Rechte erhält der Gläubiger den Besitz durch die hypothekarische Klage zu eigenen Händen und nimmt selbst den Verkauf vor [31]; der letztere ist aber an sich so wenig wesentlich, daß die Befugniß dazu, wie oben bereits bemerkt, in älterer Zeit besonders stipulirt werden mußte [32]) und **daß der Gläubiger niemals zum Verkauf gezwungen werden, vielmehr den Besitz fortsetzen kann, bis die Schuld bezahlt ist:**

---

31) Gesterding, l. c., S. 180 ff. Sintenis, Pfandr., S. 512 und die dort Citirten. Heimbach, l. c., S. 45.

32) Büchel, l. c., S. 82. Sintenis, Pfandr., S. 504. Heimbach, l. c., S. 44. Vangerow, Lehrbuch der Pand. I., §. 379.

l. 6. pr. d. P. A. Quamvis convenerit ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere quia tua causa id caveatur. . . Sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum, quid enim si multo minus sit, quod debeatur et hodie pluris venire posset pignus? Melius autem est dici, eum qui dederit pignus posse vendere et accepta pecunia solvere id, quod debeatur, ita tamen ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate praestanda, invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est. (cf. l. 51. §. 3 d. fidejuss.; auch Gesterding, l. c., S. 159, 160. Sintenis, Pfandr., S. 503. Thibaut, Pandecten, 8. Ausg., §. 798. Westphal, l. c., §. 190. Heimbach, l. c., S. 44 Note 232. Arndts, Pandecten, S. 592).

Jedes Pfandrecht gibt die hypothecarische Klage; in der Constituirung jeden Pfandrechts, sei es durch wirklichen oder fingirten Vertrag, liegt für den Schuldner die Verbindlichkeit, das Pfand dem Gläubiger zu Besitz zu überliefern. Nach der allgemeinen Lehre entsteht ein Faustpfand, wenn alsbald bei Bestellung des Pfandrechts Ueberlieferung des Pfandes erfolgt; aber auch wenn die Ueberlieferung alsbald versprochen, und später erst bewirkt ist. Also auch in diesem Falle entsteht der Faustpfandcontract [33]). Wo liegt aber nur der mindeste Grund, die Entstehung eines solchen Contracts zu leugnen, wenn der Schuldner die Pfandübergabe zwar ausdrücklich versprochen, aber nicht geleistet und dazu mit der hypothecarischen Klage hat gezwungen werden müssen, oder wenn er überhaupt nicht durch ausdrückliches Versprechen, aber durch die Constituirung des Pfandrechts, sei es mittelst wirklichen, sei es mittelst fingirten Vertrags, implicite die Verpflichtung zur Einräumung des Besitzes überkommen und sein Gläubiger die entsprechende Berechtigung durch die hypothecarische Klage zur Geltung gebracht hat? Ist etwa ein innerer Unterschied zwischen einem erstrittenen und

33) Sintenis, Pfandr., 230.

einem übertragenen Besitz? Oder ist ein Grund denkbar, warum Derjenige, welcher den Besitz durch die hypothecarische Klage erlangt hat, mit der actio pign. nicht nach getilgter Schuld auf Restitution des Pfandes, resp. nach verkauftem Pfande auf Herausgabe der Hyperocha soll belangt, und nicht soll angehalten werden können, sine culpa et dolo das Pfand zu bewahren? Oder warum Derjenige, welcher eine fremde Sache als Faustpfand gegeben hat, und nicht Derjenige, welcher eine solche ohne Besitzübertragung verpfändete, der act. pign. contr. gegenüber für das Interesse einstehen müßte?

Wir glauben, daß Wenige diese Fragen bejahen. Aber liefert nicht das Vorkommen des Pfandcontracts in Fällen, in denen ein Pfandrecht gar nicht entstanden ist (bei Verpfändung fremder Sachen), den Beweis, daß ersterer eine von letzteren unabhängige und selbstständige Existenz hat? Hierauf antworten wir: wenn der Schuldner eine fremde Sache verpfändet, so entsteht zweifellos kein dingliches Pfandrechtsverhältniß Dritten gegenüber, aber ebenso zweifellos ein persönliches Pfandrechtsverhältniß mit allen nur möglichen Wirkungen zwischen Verpfänder und Gläubiger. Ist die Sache dem Gläubiger übergeben, so muß derselbe sie soluto debito restituiren [34]), und wollte er einwenden, es sei kein Pfandrecht entstanden, so würde ihm mit Recht die Einrede des dolus opponirt werden; denn für ihn ist es gleichgültig gewesen, ob das Pfandrecht Dritten gegenüber wirksam war oder nicht. Aus gleichem Grunde kann der Schuldner der actio contraria gegenüber nicht geltend machen, es sei die Verpfändung ungültig gewesen. Kam aber die verpfändete fremde Sache nicht in die Hände des Gläubigers, dann hat dieser die Klage (act. pign. contraria) auf das Interesse (arg. leg. 9. pr.; l. 32., l. 31., l. 36. §. 1 d. P. A.; l. 54. de fidejuss.) [35]). Hieraus scheint uns nun weiter nichts

---

34) l. 9. §. 4 d. P. A.

35) etsi solvendo debitor sit; im Gegensatze hier zu vergl.; l. 30. §. 1 ad l. Aquil., (wonach der Pfandgläubiger die Aquilische Klage nur hat si debitor solvendo non sit), und die Erörterung des Verf. hierzu im Archiv f. c. Pr., Bd. 39, S. 55 ff.

zu folgen, als daß die dingliche Seite des pignus nicht die unbedingt wesentliche ist und dies steht gerade mit unserer Ansicht im besten Einklange.

Man wird uns ferner entgegenhalten, die Besitzerlangung durch die hypothecarische Klage sei erst möglich nach eingetretener Fälligkeit der Schuld und das Eigenthümliche des Faustpfands sei der Besitz des Gläubigers vor fälliger Schuld. Dieser Unterschied hat aber, zunächst einmal seine Richtigkeit unterstellt, nur eine äußerliche, das innere Wesen des Pfandrechtsinstituts nicht berührende Bedeutung. Um jedoch auch abgesehen hiervon, dem gemachten Einwande zu begegnen, wird darauf hinzuweisen sein, daß bezüglich der Frage über die Nativität der hypothecarischen Klage, wenn auch nicht in der heutigen Praxis, doch in der Theorie Streit herrscht, weil die Quellen Widersprüche zu enthalten scheinen. Die pignoris persecutio, welche in rem ist, nudam tamen possessionem avocat (l. 17. d. pign., l. 17. Cod. eod, l. 66. d. evict), soll nach l. 14. d. pignoris stattfinden:

> si nondum dies pensionis venit etmedio tempore, quia interest mea,

während l. 5. §. 1 quibus modis pignus bestimmt:

> si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca idem pactus esse.

Die Einen beschränken die erstere Stelle auf das Faustpfand, so Leist[36]), Gesterding[37]), Sintenis[38]), Glück[39]); die Andern wollen sie nicht von der hypothecarischen Klage, sondern von einem Anspruch auf Sicherheitsleistung, im Falle das Pfand gefährdet wird, verstehen, so Bartolus (ad h. l.), Brunnemann (in seinem Commentar ad h. l.) und die von ihm Citirten, auch Errleben (princ. d. jure pign. p. 232), Westphal (Versuch einer Erläut. der röm. Gesetze vom Pfandr., 3. Ausg., §. 269), Schweppe (röm. Pr.-R., II.,

---

36) bonorum possessio, I., 378.
37) l. c., S. 363 ff.
38) Pfandrecht, S. 54.
39) Comm., S. 18, 326 ff.

§. 330 a.), Mühlenbruch (Lehrb. des Pand.=R., II., §. 319). Die Dritten endlich erkennen die Nativität der hypothecarischen Klage bei betagten Forderungen auch von eingetretenem dies allgemein an, geben aber dem Schuldner das Recht durch Cautionen von Herausgabe des Pfandes sich zu befreien, so Huschke[40], Puchta[41], Seuffert[42], Rudorff[43] und nach ihm Bachofen[44] wollen die l. 14. cit. nur von Miethgeldforderungen (pensio) verstehen, während freilich der letztere auch dieselbe ganz allgemein für den Satz als Beleg citirt[45], daß betagte Forderungen die Pfandklage vor dem Ablauf des festgesetzten Termins nicht ausschließen. Heimbach[46] und Arndts[47] erklärten ohne weiteres die Pfandklage vor dem Eintritt des Zahltages für möglich. Vachov[48] entscheidet sich nicht bestimmt über die Bedeutung der fraglichen Stellen; auch Vangerow's[49] Meinung ist nicht klar zu erkennen, indem er zwar die Restriction der l. 14. auf das Faustpfand mißbilligt, aber doch als Voraussetzung der act. hypothecaria Fälligkeit der Forderung verlangt[50].

Unserer Ansicht nach liegt kein Grund vor, die l. 14. cit. auf das Faustpfand oder auf das Miethgeld oder auf einen bloßen Sicherheitsanspruch zu beschränken: pignora sind keineswegs blos Faustpfänder, pignoris persecutio ist der technische Ausdruck für die hypothecarische Klage (vgl. Büchel, civilr. Erörterungen, II., S. 106) und jede Andeutung einer Sicherheitsleistung fehlt, auch wird einer besonderen Gefährdung nicht erwähnt (quia, nicht si interest mea); endlich scheint uns kein

40) Zeitschr. für Civilr. u. Pr., Bd. 20, S. 165.
41) Vorlesungen §. 215.
42) Pand.=R. §. 220.
43) l. c. S. 217.
44) l. c. S. 13.
45) l. c. S. 325.
46) l. c. S. 37.
47) l. c. S. 596.
48) l. c. S. 209.
49) Lehrbuch der Pand., I. §. 390 (6. Ausg., S. 1024).
50) l. c. §. 379, S. 976.

Grund vorzuliegen, nur dem Vermiether wegen der Illaten die Pfandklage vor fälliger Schuld zu geben, nicht auch jedem anderen Pfandgläubiger. Der scheinbare Widerspruch der l. 14. mit l. 5. §. 1 und mit l. 4. d. distr. pign.:

cum solvendae pecuniae dies pacto profertur convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur

löst sich u. E. einfach, indem man das Recht auf Besitz des Pfandes zur Sicherung künftiger Geltendmachung der Verkaufsbefugniß, d. h. die hypothecarische Klage jedem Pfandgläubiger alsbald nach constituirtem Pfande (l. 14. cit.), das Recht zum Verkauf aber erst nach eingetretener Fälligkeit der Schuld zugesteht (l. 5. §. 1 cit.; l. 4. d. distr.; l. 10. Cod. d. pign. Die wohl richtige Erklärung der letzteren Stelle s. bei Bachofen, l. c., S. 179, 180).

Bei bedingten Forderungen entsteht während schwebender Bedingung noch kein Pfandrecht; der Gläubiger kann daher auch noch nicht Besitz des Pfandes verlangen; eben so wenig, wenn die Forderung zwar unbedingt, das Pfandverhältniß aber bedingt ist (cf. l. 13. §. 5 d. pign). Käme also beim bedingten Pfande eine Ueberlieferung desselben an den Gläubiger vor, dann würde derselbe allerdings dadurch einen Besitz erlangen, den er mit der hypothecarische Klage nicht erlangen kann; er würde in Folge dessen auch hier gegen eine rei vindicatio des Verpfänders mit einer doli exceptio zu schützen sein; aber wir glauben ihm mit Huschke (l. c. S. 147. 148.) nicht nur gegen Sintenis (Pfandr. S. 55) die Pfandklage, sondern auch bei verlornem Besitze die Interdicte absprechen zu müssen; denn bei noch nicht existirendem Pfandrechte war sein Besitz kein Pfandbesitz, überhaupt kein rechtlich zu schützendes sondern nur ein factisches Verhältniß.

Wir kommen sonach zu dem Resultate, daß zwischen Besitzespfand und Hypothek weder in Beziehung auf die actiones pigneraticiae, noch auf die hypothekarische Klage irgendwelcher wesentlicher wesentlicher Unterschied besteht: beim ersteren hat der Gläubiger den Besitz, welchen er bei letzterer jederzeit dem Schuldner abfordern kann; dort ist die Verbindlichkeit zur Besitzesübertragung bereits erfüllt, während sie hier noch zu erfüllen ist. Nach verlornem Besitz ist der Faustpfandgläubiger Hypothekar (cf. l. 28

pr. d. P. A.) und nach erlangtem Besitz der Hypothekar Faustpfandgläubiger[51]). Auf die persönlichen Beziehungen der Interessenten hat der Pfandbesitz einen rein äußerlichen Einfluß: die act. pign. directa in ihrer Richtung auf Restitution des Pfandes setzt natürlich dessen vorgängigen Besitz voraus, aber nicht anders, als wie sie in ihrer Richtung auf Herausgabe der Hyporocha Verkauf des Pfandes, oder als wie die act. contraria auf Ersatz von Verwendungen stattgehabte Verwendungen und auf Gewährung das Interesse bei Verpfändung einer fremden Sache eine solche Verpfändung voraussetzt.

Der contractus pignoris, das pignus ist darum nicht nothwendig ein Realcontract, er kann es aber sein und deshalb führen die Quellen mit Recht ihn als einen möglichen Fall, in welchem re contrahirt wird, auf (cf. §. 4. I. quibus modis re contr.)

Ueberblicken wir jetzt den Standpunkt unserer Rechtslehrer zu der hier vertheidigten Ansicht, so werden wir finden, daß bei den meisten Spuren zu Gunsten derselben zu entdecken sind und daß nur wenige ihr direct widersprechen.

Donell[52]) äußert sich folgendermaßen:

Proprii pignus dicimus, quum ita res pignori obligatur, ut simul etiam possessio tradatur creditori, hypothecam, quum non transit possessio ad creditorem. Idque nomen satis indicat. Nam pignus sic a pugno dictum est, ut re vera non possit, esse pignus, nisi etiam manu capiatur. Ad juris rationem et obligationem nihil interest, quia nihilominus juris habet is, cui non est tradita possessio, quam cui est tradita. Nam et quam rem non accepit vindicare potest, ut habeat eandemque necdum acceptam distrahere, si modo convenerit, ut pignori esset et quam accepit amittere potest, ut illi eadem vindicatio ad eam persequendam necessaria sit. Eo factum est usu loquendi jure recepto

51) Auch Glück Com. 18. S. 318. Heimbach l. c. S. 36.

52) Tract. d. pign. c. 2. §. 2. in der Ausgabe von Bucher. Nürnb. 1833. Band 15. S. 429 flg.

ut utrumque pro eodem accipiatur dicaturque etiam hypotheca, quae ab initio tradita est, recte dicatur pignus, quia jure nihilominus sit obligata teneaturque creditori, perinde ac si tradita esset. Jus pignoris duplex est, unum rem tenere eique incumbere, donec pecunia debebitur, alterum distrahere licere. Persequendi pignoris causa actio creditori datur adversus eum, quisquis possidebit, ut restituat, multoque magis possidenti datur retentio.

Wenn hiernach Donell auch festhält an der Definition des Gajus in Betreff des pignus, so hebt er doch hervor, daß kein innerer Unterschied zwischen pignus und hypotheca besteht, daß bei letzterer der Gläubiger den Besitz einklagen und bis zu gezahlter Schuld fortsetzen oder, wenn er will, das Pfand verkaufen kann; nirgends wird darauf hingewiesen, daß zur Einklagung des Besitzes Fälligkeit der Schuld gehöre.

Cujaz (zum Codextitel IV. 24. cap. 1. und ebenso zum zum Digestentitel XX. 1.) nennt nur dasjenige pignus einen Contract, quod traditione constituitur. Nam hypotheca, quae nudo pacto constituitur, non est contractus et tamen jure praetorio non minus de ea est, quam de pignore, non tantum actio hypothecaria, quae in rem actio est, verum etiamin personam actionem, sicut ex pignore, quae pigneraticia dicitur soluta omnia pecunia, si forte hypotheca ad creditorem pervenerit." Die pigneraticia hat Cujaz also nur in ihrer Richtung auf Restitution im Auge, und und während er sie lediglich als Klage aus einem Faustpfandcontrat auffaßt, gibt er sie doch auch bei der Hypothek.

In cap. 2. ad Cod. 4, 24. zählt er die verschiedenen Arten des Pfandrechts der Entstehung nach auf mit dem Zusatz: ex his omnibus pignorum generibus nascitur pigneraticia actio. Aehnlich spricht sich Duaren (ad tit. d. pign. act. cap. 3) aus; desgleichen Voet (ad Dig. 13, 7. i. f.) Licet actio pign. dir. et contr. proprie ex contractu pignoris rei traditione perfecto nascatur, tamen et in hypothecis eam ocum invenire dicendum est, postquam creditor

actione hypothecaria possessionem nactus est, quia tuncres incausam pignoris in specie videtur transivisse.

Balduin scheint (comm. d. pignor. et hyp. cap. 1.) nur die act. pign. als Klage auf Restitution zu kennen, wenn er sagt: pigneraticiae locus non est, nisi res tradita, repetere qui posset, si non tradiderit? er verneint damit jede Möglichkeit der Klage bei einem andern als übergebenem Pfande.

Regusant (tract. d. pign. et hyp. VII. 1.) will die act. pign. directa nur einräumen wenn das Pfand übergeben oder wenigstens als übergeben fingirt sei, wie bei den Invecten und Illaten des Miethers oder bei der Hypothek, die nachträglich auf irgend eine Weise und von einem Andern als dem Schuldner an den Gläubiger gelangt; wenn so bei der act. directa Tradition verlangt werde, so sei solche doch bei der contraria nicht nöthig (!) Warum überhaupt bei dem Pfandrecht der Illaten, sowie bei der besessenen Hypothek und warum nur in diesen Fällen eine Tradition fingirt, eine solche Fiction aber wie eine wirkliche Tradition bei der conträren Klage überflüssig wird, dafür fehlen alle Gründe.

Bachov[53]) spricht mit bestimmten Worten aus, daß das pignus bei verlornem Besitz in eine Hypothek und die Hypothek bei nachträglich durch die act. hypoth. erlangtem Besitz in ein pignus übergehe; gerade als wäre von Anfang an der Besitz tradirt, „et cum infinitis paene locis circa varias praestationes de pigneraticia actione tractetur, viximo non possunt ea loca omnia restringi ad casum quo ab initio ex conventione res tradita est creditori. Dixi hanc (pign.) actionem nasci ex contractu pignoris reali, et quid igitur juris si possessionem rei obligatae tantum per act. servianam creditor sit consecutus et v. c. in eam impensas fecerit, an non poterithuic actioni esse locus? Equidem videtur deficere causa hujus actionis, ubi citra factum debitoris ad creditorem res pervenit. Et tamen eadem rationis identitas videtur suadere contrarium, cum non appareat alia

---

53) l. c. S. 168. 451. 189. (hypotheca induit naturam pignoris.

actio, qua contra debitorem in his terminis succurratur creditori. Itaque sicut pignus ex voluntate tacita debitoris vendi dicimus, ita non minus recte dicemus, quod juxta naturam pignoris videatur rei obligatio possessio ad creditorem pervenisse voluntate debitoris, ut si forte non directae saltem utili queat actioni esse locus.

Nach Erxleben[54]) hat die act. pign. directa eigentlich nur statt, wo ein pignus mittelst Contracts constituirt ist (venit ex contractu vel pacto hypothecae §. 290), es ist jedoch, ne auxilium actionis deesse videatur, beim gesetzlichen Pfande eine utile Klage erfunden worden. Die direkte Klage soll also hiernach auch bei der Conventionalhypothek, wie beim Faustpfande stattfinden; weßhalb sie aber bei jener die directe, beim gesetzlichen Pfande nur die utile sein soll, darüber erhellt nichts.

Westphal[55]) nimmt an, daß eigentlich die act. pign. contr. und dir. ein „handhabend Pfand" voraussetze, daß sie aber auch im Fall einer Hypothek gebraucht werden können. Von den übrigen Arten ist keine Rede. Bei der Hypothek soll auch der Schuldner mittelst der Eigenthumsklage dem Gläubiger den Besitz abverlangen können, weil bei bloßen Hypotheken der Gläubiger kein Recht auf den Besitz habe. Zum Beleg wird sich auf l. 35 §. 1 d. pign.:

> Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert in creditorem. Potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti,

und auf l. 9 Cod d. pignor. bezogen. Erstere Stelle sagt offenbar nur, daß das pignus nicht Eigenthum, sondern bloßen Besitz überträgt und deßhalb vom Schuldner mieth- oder bittweise gebraucht werden kann. Selbst wenn pignus die Bedeutung von Faustpfand hätte, bewiese die Stelle nicht für Westphal, denn der Schluß, weil das Faustpfand nicht Eigenthum, sondern nur Besitz überträgt, gibt die Hypothek kein Recht auf Besitz, scheint uns völlig unlogisch. Da nun aber pignus so

54) l. c. §. 297.
55) l. c. §. 254.

gut die Hypothek, wie das Faustpfand bedeutet, kann jene Stelle höchstens für unsre Ansicht angeführt werden, daß jeder Pfandgläubiger Recht auf Besitz hat. Noch eigenthümlicher ist es, aus l. 9 Cod. d. pignor. Beweis führen zu wollen. Darnach hat Derjenige, welcher eine verpfändete, nachher in Besitz des Gläubigers gelangte Sache vom Schuldner zu Eigenthum erhält, einen Anspruch auf Rücklieferung der Sache, sobald dem Gläubiger volle Befriedigung zu Theil geworden ist. Dies heißt weiter nichts als: der Schuldner kann soluto debito das Pfand vindiciren. Unbegreiflicherweise billigt Sintenis (l. c. S. 541) die Ansicht Westphal's, obwohl sie Gesterding (l. c. S. 158) bereits auf's Entschiedenste bekämpft hat.

Nach Glück[56]) setzt die act. pign. directa zwar eigentlich einen Pfandcontract voraus, jedoch gestatten sie die Gesetze wegen der persönlichen Verpflichtungen des Pfandgläubigers auch in andern Fällen, wo der Gläubiger ohne jenen Contract ein Pfandrecht und vermöge desselben den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dahin gehöre: a. wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes mit der hyp. act. erhielt und eine Hyperocha erlöste; diese könne sich auch der hypothekarische Gläubiger nicht zueignen (!) b. wenn dem Hypothekargläubiger bei Ausübung seines Retentionsrechts ein schuldvolles Verhalten zur Last falle; c. wenn der Gläubiger, dem ein gesetzliches Pfandrecht zustand, völlig befriedigt ist. Daß diese Ansicht principlos ist, bedarf keiner Erwähnung.

Schweppe[57]) erkennt ein Recht des Gläubigers auf Besitz nur an, wenn der Schuldner das Pfand deteriorirt — nach l. 14 d. pign. (s. oben S. 31) — wenn es zum Verkauf kommen soll — hierfür fehlt der Beleg — und wenn der Besitz zugesagt sei. Letzteres soll aus l. 3 Cod. d. pignor. hervorgehen. Darin wird aber weiter nichts gesagt als, daß derjenige, welcher mit dem Schuldner ein pactum de ingrediendo possessione abgeschlossen hat, den Besitz nicht vi, sondern nur auctoritate

55) Commentar Bd. 14 S. 154. 18.
56) röm. Privat R. II. §. 330 a.

praesidis erlangen kann. Die act. pign. gibt Schweppe[58]) als utile Klage auch außerhalb des Faustpfandcontracts, wenn der Gläubiger vermöge der Hypothek in Besitz gekommen ist, ebenso Schmidt[59]), Thibaut[60]) und Puchta[61]). Hiergegen spricht, daß die Quellen in jenem Sinne der act. pign. als einer utilis nirgends erwähnen, daß vielmehr, wo von einer act. utilis pign. die Rede ist (z. B. l. 41 pr. d. P. A. und l. 1. pr. d. pign.) der Fall einer Verpfändung fremden Eigenthums unterstellt wird. Thibaut nennt die act. pign. außerhalb des Faustpfandvertrags mit Beziehung auf l. 9 pr. d. reb. auct. jud. eine actio in factum. Was es mit diesem Ausdruck für ein Bewandniß habe, wird unten bei Erwähnung des s. g. prätorischen Pfandrechts erläutert werden. Zum Faustpfand rechnet er übrigens (l. c. §. 783) auch die Hypothek, der nachher der Besitz folgt, diese hat also auch das Eigenthümliche, daß sie Vortheile und Lasten des Besitzers und die Verpflichtung zu Fleiß überträgt.

Nach Unterholzner[62]) wird, wenn die Verpfändung anfangs nicht mit Ueberlieferung verbunden war, in deren Folge aber Etwas später hin in die Hände des Gläubigers gekommen ist, das Verhältniß auf ähnliche Weise beurtheilt, „so daß sogar dieselbe Klage angewandt wird,“ namentlich, wenn der Hauswirth die Illaten in Beschlag nimmt.

Gesterding[63]) statuirt die actiones pign. auch in Fällen, wo durch bloßen Vertrag ohne Uebergabe oder durch Testament oder durch Gesetz eine Sache verpfändet ist, wenn der Gläubiger in der Folge zu Besitz gelangt ist und überhaupt, soweit hier von persönlichen Rechten auf Veranlassung der Verpfändung die Rede sein kann.

Sintenis[64]) sieht in dem durch Besitzergreifung der Hy-

---

58) l. c. §. 327.
59) von Klagen und Einr. 8. Ausg. §. 813.
60) System des Pand. R.
61) Pandecten §. 320.
62) Schuldverhältnisse II. S. 850.
63) l. c. S. 422. 423.
64) l. c. S. 608. 609.

pothek entstandenen pfandcontractlichen Verhältniß kein dem Pfandcontract nachgeahmtes, sondern **nur den durch andre Form entstandenen Pfandcontract selbst**; sobald der Besitz, welcher dem Pfandcontract einzig seine eigenthümliche Natur gebe, für den Pfandgläubiger eintrete, seien die formellen, wie die wesentlichen Erfordernisse des Pfandcontracts vorhanden, alles was von letzterem gelehrt werde, leide auf das Hypothekverhältniß, welches nachher Besitz gewährt habe, die vollständigste Anwendung[65]) — also selbstverständlich auch die actiones pigneraticiae. Dieses mit dem von uns aufgestellten völlig übereinstimmende Princip hätte unsres Dafürhaltens in seiner strengen Folgerung dahin führen müssen, nicht von einer **analogischen**, sondern **directen** Anwendung der l. 54 d. fidejuss (s. oben Seite 366) auf den Hypothekvertrag zu reden und den Begriff des Pfandcontracts, wie doch **Sintenis**[66]) thut, nicht im Gegensatz von Pfand- oder Hypothekenvertrag dahin aufzustellen, daß derselbe den Besitz auf den Gläubiger übertrage und zu den Realcontracten gehöre; auch scheint es uns inconsequent, dem Faustpfandgläubiger, nicht aber dem Hypothekar vor dem Fälligsein der Schuld die hypoth. act. zu geben (ibid. S. 54) und sinnverwirrend, auf der einen Seite die Hypothek mit nachfolgendem Besitz als formell abgeschlossenenen Pfandcontract zu betrachten, daneben aber zu behaupten, es wäre eine ganz sonderbare Vorstellung, ein Faustpfand **ohne Uebergabe** anzunehmen (ibid. S. 229.)

Schilling[67]) und **Seufert**[68]) lassen die Grundsätze vom Faustpfand gelten, auch bei der Hypothek, wenn in der Folge der Pfandgläubiger den Besitz erlangt.

Heimbach (l. c. S. 22 Note 115) hält es für unerweislich, daß dem hypothekarischen Gläubiger die act-pigneraticia contraria wie beim Faustpfande gegeben werde. **Dernburg**[69]) endlich erklärt die actiones pigner. zwar anfangs

65) Pfandr. S. 231 und pract. Civilr. l. S. 618.
66) Pfandr. S. 229.
67) Lehrb. der Instit. u. Gesch. des röm. R. 3. Bd. §. 276. Note 66.
68) l. c. §. 194.
69) l. c. S. 138 ff.

nur für den Fall des Gebens eines Faustpfands bestimmt, aber doch dem ausgebildeten Pfandrechte unentbehrlich, so daß sie beim gesetzlichen, wie testamentarischen Pfande vorkämen. Die Ueberführung derselben auf das Gebiet des Vertragspfands wäre äußerlich gerade dadurch sehr erleichtert gewesen, daß die Formel der act. pign. in der demonstratio unzweifelhaft von einem dare gehandelt habe, hierunter aber auch das Vertragspfand zu subsumiren sei. Aber eben der letztere Grund scheint uns — mit Rücksicht auf die oben gegebene Erläuterung von dare — darauf hinzuweisen, daß die act. pig. nicht erst auf das Vertragspfand übertragen wurde, sondern so lange ein solches existirte, für dasselbe bestimmt war.

Gegen diese, wie auch gegen unsre Auffassung spricht sich Scheurl in der oben bereits citirten Recension (a. a. O. S. 441) aus, indem es seiner Meinung nach nicht nachweisbar ist, daß die act. pign. irgend je zur Geltendmachung einer Obligation zugestanden hätten, die nicht re contracta gewesen wäre; die Entwickelung habe nur darin bestanden, daß man nicht dabei stehen blieb, unter der res, wodurch hier obligatio contrahitur, das pignus accipere zu verstehen, sondern diesem auch das hypothecam accipere gleichstellt, wobei dann aber natürlich auf Restitution der Sache nur geklagt werden konnte, wenn der Gläubiger nachmals in den Besitz der Hypothek gelangt war; auf Verpflichtungen, welche stillschweigend bei der Verhypothecirung eingegangen werden, könne auch heutzutage eine act. pign. nicht gestützt werden; solche habe immer den Realcontract des Pfandgebens zur wirklichen Voraussetzung.

Demgegenüber glauben wir in Obigem den vermißten Nachweis der Ausdehnung der act. pign. über den Realcontract hinaus geliefert zu haben.
